

PIETER DE TAVERNIER

Professore di Diritto Civile nell'Università di Leiden, Paesi Bassi

## **Le droit commun européen optionnel de la vente: réaction d'un privatiste du « Plat Pays »**

### *1. – Vingt ans après Maestricht...*

Le 11 octobre 2011, la Commission européenne a publié un projet de règlement prévoyant la réalisation d'un droit commun européen de la vente (DCEV) <sup>(1)</sup>. De cette façon, trente ans de travaux scientifiques en vue de l'eupéanisation du droit des contrats ont abouti à un résultat concret <sup>(2)</sup>. La Commission a choisi, selon sa préférence régulièrement exprimée <sup>(3)</sup>, un instrument optionnel. Cet instrument devrait, selon elle, stimuler le commerce au sein de l'Union européenne en réduisant les coûts de transaction liés aux contrats transfrontaliers et en augmentant la sécurité juridique <sup>(4)</sup>. Le 7 janvier 2012, exactement vingt ans après la signature du Traité de Maestricht, la Cour d'Amsterdam a organisé un mini-débat sur cet instrument optionnel. Les « antagonistes » étaient Martijn Hesselink, professeur de droit privé à l'Université d'Amsterdam et membre du *Study Group on a European Civil Code* et Alex-Geert Castermans, professeur de droit privé à l'Université de Leiden. Le débat fut vif, mais courtois. On était loin de l'ambiance hostile qui régnait quand Pierre Legrand avait décidé de croiser les fers, dans son article « Antivonbar », contre Christian von Bar après que celui-ci avait relancé l'idée d'un Code Civil Européen <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 octobre 2011, COM(2011) 635 final.

<sup>(2)</sup> Sur l'eupéanisation du droit des contrats, V. par exemple VOINOT et SÉNÉCHAL (éd.), *Vers un droit européen des contrats spéciaux/Towards a european law of specific contracts*, Bruxelles, Larcier, 2012; NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 464.

<sup>(3)</sup> V. par exemple: Communication de la Commission du 3 mars 2010, intitulée « Europe 2020. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », COM(2010) 2020 final, p. 24 et REDING, *Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt*, ZEuP, 2011, pp. 1-6.

<sup>(4)</sup> Proposition de règlement, pp. 1-5.

<sup>(5)</sup> <http://www.thejcl.com/pdfs/legrand.pdf>, cf. LEQUETTE, *Le Code européen est de retour*, *Revue des contrats*, 2011, pp. 1028-1044.

## 2. – *Les opinions de Hesselink et de Castermans*

On peut résumer comme suit les arguments favorables au droit commun européen de la vente formulés par Hesselink <sup>(6)</sup>. En premier lieu, Hesselink partage la conviction de la Commission que le régime optionnel devrait faciliter les petites et moyennes entreprises la vente de leurs produits dans les autres États membres. Actuellement, les PME hésitent à conquérir les marchés de nouveaux États membres, à cause de la nécessité de s'adapter aux autres législations nationales en matière contractuelle susceptibles de s'appliquer dans les transactions transfrontières. Pour les entreprises exportatrices, le droit européen optionnel présente de sérieux avantages, puisqu'il permet l'utilisation d'un instrument uniforme. Hesselink constate également des avantages pour les consommateurs: grâce au régime de droit de vente uniforme, ils se verraient moins fréquemment confrontés à un refus de vente. Ils profiteront également d'un haut niveau de protection, peut-être plus élevé que celui dont ils profitent aux Pays-Bas. Il accentue également le caractère optionnel du régime: il ne sera applicable que sur une base volontaire, par convention expresse des parties. Personne n'est donc obligé de faire usage du régime de droit de vente commun: les entreprises pourront l'ignorer, les consommateurs peuvent continuer d'acheter leurs appareils électroniques chez le commerçant du coin. Hesselink ne voit qu'un seul argument <sup>(7)</sup> contre la proposition de la Commission: le droit des contrats, applicable au Pays-Bas, doit rester de nature néerlandaise. Cet argument est fondé sur l'idée qu'il serait préférable de faire correspondre les limites d'un système juridique à celles des frontières de la nation. Un argument de nature nationaliste donc. Hesselink fustige cette attitude nationaliste et antilibérale: pourquoi priver les consommateurs et les petites et moyennes entreprises du choix offert par le nouvel instrument? Les Pays-Bas et l'Europe méritent d'élargir leur horizon. Et si le régime n'est pas accueilli avec enthousiasme, Hesselink conclut sèchement: «baat het niet, dan schaad het niet» (on n'y perdra rien).

Alex-Geert Castermans ne s'est pas engagé dans le débat sur le réflexe nationaliste des adversaires de la proposition de la Commission européen-

---

<sup>(6)</sup> V. HESSELINK, *Naar een gemeenschappelijk Europees kooprecht of in de nationale loopgraven*, *Nederlands Juristenblad*, 2011, p. 2515.

<sup>(7)</sup> Même s'il avoue que la proposition de la Commission mérite d'être perfectionnée sur certains points, par exemple en ce qui concerne l'avis d'information type qui sera remis aux consommateurs pour les informer de leurs droits: HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, *ERPL*, 2012, pp. 208-209.

ne. Il a préféré poser la question (pratique) de savoir si le commerce serait rendu plus facile en présence de l'instrument optionnel. Castermans estime que la promesse de la Commission d'offrir aux parties privées un ensemble *complet* de règles par le biais d'un instrument optionnel est périlleuse, puisque « celui-ci est créé de façon assez séparée des droits privés et publics nationaux, et il couvre seulement une partie des relations juridiques de droit privé »<sup>(8)</sup>. Dans chaque cas particulier, un tel ensemble de règles doit être inséré dans les droits nationaux public et privé applicables »<sup>(9)</sup>. Castermans considère que la Commission ne pourra pas réaliser cette promesse. Pour cette raison, il propose d'explorer une autre option. Selon lui, un système européen de consultation autorégulateur<sup>(10)</sup> pourrait fournir un cadre pour élaborer des modèles de contrats qui soient adaptés aux secteurs particuliers. Ces modèles pourraient offrir des clauses et des conditions considérées comme acceptables à travers toute l'Europe avec des options alternatives pour les États membres ayant des marges plus grandes ou plus étroites<sup>(11)</sup>.

### 3. – *Quelques réflexions personnelles à propos du droit commun européen optionnel de la vente*

Pour ceux qui suivent le débat sur l'eupéanisation du droit des contrats, les arguments pour et contre un droit commun européen de vente ne sont pas inconnus. Refusant de trop m'identifier ni avec les partisans<sup>(12)</sup> ni avec les opposants<sup>(13)</sup> de l'actuelle initiative de la Commission, je préfère formuler quelques réflexions sur les convictions de la Commission énoncées dans les considérants qui précèdent le texte même du régime proposé.

---

<sup>(8)</sup> Sur les règles substantielles non couvertes par l'instrument, V. par exemple AUBERT DE VINCELLES, *Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente*, *Sem. Jur.*, Ed. Gén., 2011, pp. 2457-2458.

<sup>(9)</sup> CASTERMANS, *Towards a European Contract Law through Social Dialogue*, *ERCL*, 2011, pp. 360-367.

<sup>(10)</sup> Sur cette prise de position, V. HONDIUS et KEIRSE, *Optioneel instrument van Europees contractenrecht: nieuw gezicht of facelift*, *Nederlands Juristenblad* 2011, pp. 2076-2082.

<sup>(11)</sup> *Ibid.*

<sup>(12)</sup> *Ibid.*, pp. 2076-2082; V. aussi HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, *l.c.*, pp. 195-211; FAUVARQUE-COSSON, *Vers un droit commun européen de la vente*, *Recueil Dalloz*, 2012, pp. 34-42.

<sup>(13)</sup> V. par exemple CARTWRIGHT, 'Choice is good'. *Really?*, *ERCL*, 2011, pp. 335-349; PACHL, *European Contract Law. 28<sup>th</sup> Regime – BEUC's 10 Reservations*, à consulter sur [www.beuc.eu](http://www.beuc.eu).

### 3.1. – *Est-ce que le DCEV est un instrument séduisant?*

La Commission européenne estime que « *les professionnels feraient ainsi l'économie des coûts de transaction supplémentaires liés au droit des contrats et exerceraient leurs activités dans un environnement juridique moins complexe pour les échanges transfrontières, grâce à un corps unique de règles applicable dans toute l'Union. Les professionnels pourraient dès lors tirer un meilleur parti du marché intérieur en développant leurs activités commerciales au-delà de leurs frontières nationales, la concurrence sur le marché intérieur s'en trouvant accrue* » <sup>(14)</sup>. Je ne suis pas convaincu que le droit commun européen de la vente parvienne à ces fins <sup>(15)</sup>. D'abord, l'idée selon laquelle la diversité des droits nationaux constituerait un obstacle au développement du marché intérieur, n'a toujours pas été démontrée par une étude sérieuse et exhaustive <sup>(16)</sup>. Les principaux problèmes auxquels les PME sont confrontées quand elles réalisent des ventes transfrontières, ne sont pas liés aux divergences entre les droits des contrats, mais à d'autres obstacles réels et importants, tels que les barrières administratives pour accéder aux marchés nationaux, les différences de régimes fiscaux, les problèmes de langue ou les préférences des consommateurs pour les commerces locaux. Ensuite, le DCEV ne crée pas un environnement juridique moins complexe, mais complexifie le paysage légal. Il est aussi trompeur d'affirmer, par exemple au considérant n. 7 de la proposition, que « *puisque le droit commun européen de la vente comprend un corps complet de règles impératives et totalement harmonisées protégeant les consommateurs, il n'y aura aucune disparité entre les législations des États membres en la matière lorsque les parties auront choisi d'appliquer ce droit* ». Le domaine d'application (territorial, personnel et matériel) du DCEV est trop limité pour en faire un régime attractif <sup>(17)</sup>. Ainsi, la liste des domaines expressément exclus du DCEV est

<sup>(14)</sup> Proposition de règlement, p. 5

<sup>(15)</sup> ANCEL, FAUVARQUE-COSSON, WINTGEN et DORALT, *De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats*, *Revue des contrats*, 2011, pp. 1335-1338.

<sup>(16)</sup> V. Réponse à la Commission européenne de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Revue des contrats*, 2011, p. 1363.

<sup>(17)</sup> Sur le problème du domaine d'application du DCEV, V. FAUVARQUE-COSSON, *Vers un droit commun européen de la vente, l.c.*, p. 36. V. aussi: *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems, Advice to the UK Government*, p. 18 et suivantes, à consulter sur le site [www.justice.gov.uk/lawcommission](http://www.justice.gov.uk/lawcommission). Dans le même sens NILS JANSEN, *Revision des Verbraucher-acquis? Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts*, p. 32, à consulter sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1997191](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1997191); LOOS, *Scope and application of the Optional Instrument*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No.

longue, ce qui constitue un inconvénient pour un instrument qui se veut complet et éviter autant que possible le cumul des règles nationales et européennes<sup>(18)</sup>, tandis que de nombreux arguments plaident en défaveur de l'application de l'instrument optionnel uniquement aux transactions transfrontalières<sup>(19)</sup>.

En ce qui concerne les contrats de vente entre professionnels et consommateurs (B2C), la Commission constate «*que les consommateurs européens, dans leur majorité, n'effectuent leurs achats que dans le pays où ils résident. L'une des raisons majeures de cet état de fait est que les différences entre législations nationales amènent souvent les consommateurs à s'interroger sur les droits qui sont les leurs dans les situations transfrontières*»<sup>(20)</sup>. Je n'en suis pas convaincu. Du point de vue des consommateurs, les données existantes montrent que les principaux problèmes qui les dissuadent d'acheter à l'étranger ne sont pas les obstacles liés au droit des contrats, mais le manque de recours efficaces. La question principale du consommateur est: «*Que faire et vers qui se tourner en cas de problème?*» Les consommateurs n'achètent pas en ligne à cause d'une méconnaissance des droits<sup>(21)</sup> qui sont les leurs dans les situations transfrontières, mais parce qu'ils craignent la fraude, ne savent pas quoi faire en cas de problème ou s'inquiètent au sujet de la livraison. Pourquoi alors dévier de l'approche traditionnelle pratiquée au sein de l'Union européenne et qui vise à harmoniser le droit des consommateurs des États membres?<sup>(22)</sup>.

---

2011/09, à consulter sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1890683](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1890683). V. aussi FAUVARQUE-COSSON, *Vers un droit commun européen de la vente*, l.c., pp. 37-38.

<sup>(18)</sup> AUBERT DE VINCELLES, *Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente*, l.c., p. 2457; cf. BORGHETTI (dir.), *Réponse au Livre vert de la Commission européenne 'relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises'*, p. 14, à consulter sur [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0052/contributions/34\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/34_fr.pdf).

<sup>(19)</sup> V. LOOS, *Scope and application of the Optional Instrument*, l.c., nr. 2.1.

<sup>(20)</sup> Proposition de règlement, p. 4.

<sup>(21)</sup> ANCEL, FAUVARQUE-COSSON, WINTGEN et DORALT, *De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats*, l.c., p. 1324: «*Rares sont les consommateurs qui savent quelles règles s'appliquent à la responsabilité contractuelle, quelles clauses sont illicites ou réputées non écrites en vertu de leur droit national, quelles obligations sont propres au commerce électronique, quelles règles s'appliquent, par exemple, à la rétractation, etc. Il semble que les juristes ont tendance à surestimer la compréhension du droit en dehors de la communauté juridique. Les règles de droit sont rarement connus des non-juristes*».

<sup>(22)</sup> L'Union vient de se doter d'une directive relative au droit des consommateurs qui a

### 3.2. – *Est-ce que l'Union européenne est bien compétente d'introduire le DCEV et si oui, sur la base de quel article du TFUE?* <sup>(23)</sup>

La Commission estime, dans l'exposé des motifs de l'instrument, que « la présente proposition est fondée sur l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) » <sup>(24)</sup>. La discussion de la compétence de l'Union européenne de légiférer des contrats dans le domaine du droit n'est pas nouvelle: plusieurs auteurs ont déjà soulevé ce problème lors des discussions à l'occasion des travaux préparatoires d'un Cadre Commun de Référence <sup>(25)</sup>. Pour sa proposition de DCEV, la Commission se base sur l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatif à l'harmonisation et au rapprochement des législations pour la réalisation du marché intérieur, ce qui présenterait, du point de vue de la Commission européenne, l'avantage de la codécision avec majorité qualifiée au Conseil <sup>(26)</sup>. Plusieurs parlements nationaux, comme la Chambre des communes du

---

été publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 22 novembre 2011. Ce texte, qui vise à un très haut niveau de protection des consommateurs en matière de vente, doit encore être transposé par les États membres. Il faut dès lors laisser le temps à cet instrument d'être appliqué sur le terrain avant de remettre l'ouvrage sur le métier en proposant un nouveau règlement en matière de vente (Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil). Sur cette Directive, V. par exemple l'analyse de AUBERT DE VINCELLES, *Chronique de droit européen des obligations*, *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, p. 621 et suivantes.

<sup>(23)</sup> Sur le débat relatif au choix de la base juridique appropriée pour l'instrument optionnel en droit commun de la vente, V. HESSELINK, RUTGERS et DE BOOYS, *The Legal Basis for an Optional Instrument on European Contract Law (La base juridique d'un instrument optionnel relatif au droit européen des contrats)*, Center for the Study of European Contract Law Working Paper, No 2007/04, à consulter sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1091119](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091119); KUIPERS, *The Legal Basis for a European Optional Instrument*, *ERPL*, 2011, pp. 545-563; Low, *A Numbers Game – The Legal Basis for an Optional Instrument in European Contract Law*, à consulter sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1991070](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991070); MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Policy Options for Progress towards a European Contract Law. Comments on the Issues Raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010*, *COM(2010)348 final*, *RabelsZ*, 2011, pp. 388-396.

<sup>(24)</sup> Proposition de règlement, p. 9.

<sup>(25)</sup> V. par exemple RUTGERS, *European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument*, dans HARTKAMP ET AL., *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2011, pp. 311-331.

<sup>(26)</sup> En faveur du point de vue de la Commission, V. l'avis du Comité économique et social européen sur le thème « Le 28<sup>e</sup> régime – une option pour moins légiférer au niveau communautaire » (avis d'initiative) (JO C 21, 21.1.2011), paragraphe 3.3.3.

Royaume-Uni, le Bundestag allemand, le Conseil fédéral autrichien et le Sénat de Belgique ont, sur la base de l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 annexé au TFUE, adressé un avis motivé exposant les raisons pour lesquelles ils estiment que le projet n'est pas conforme au principe de subsidiarité <sup>(27)</sup>. Dans les analyses des différents parlements, on estime que la proposition ne s'inscrit pas dans la perspective du rapprochement des dispositions législatives nationales. Les auteurs du DCEV auraient dû choisir une autre base légale, tel l'article 352 TFUE <sup>(28)</sup>, qui autorise l'Union à prendre des « mesures appropriées » pour autant qu'« une action de l'Union paraisse nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet » <sup>(29)</sup>. En cas d'application de l'article 352 TFUE, l'unanimité du Conseil est exigée, ce qui donne à tout État membre un pouvoir de veto. Ensuite, lorsqu'elle recourt à cet article, la Commission européenne doit toujours consulter le Parlement européen dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité <sup>(30)</sup>. Vu l'amalgame d'opinions défendues sur le fondement de l'initiative de l'Union dans les réactions que la Commission a reçues <sup>(31)</sup>, ce controversé mérite d'être bien réexaminé. En ce qui concerne la question de la subsidiarité, ainsi que celle de la proportionnalité <sup>(32)</sup>, je recommande aux au-

---

<sup>(27)</sup> A consulter sur <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/JURI/documents-search.html>.

<sup>(28)</sup> Dans ce sens, v. MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Policy Options for Progress towards a European Contract Law. Comments on the Issues Raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010*, COM(2010)348 final, l.c., p. 396.

<sup>(29)</sup> Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. Delpérée, *Doc. Parl. Sénat*, session ord. 2011-2012, n° 5-1382/1, p. 15.

<sup>(30)</sup> Assemblée nationale de France, Commission des affaires européennes, « Examen du rapport d'information de Mme Marietta Karamanli sur la proposition de la Commission européenne relative à la création d'un droit commun européen de la vente (E 6713) », 7 décembre 2011, à consulter sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/europe/c-rendus/c0231.asp>.

<sup>(31)</sup> Réactions reçues après la publication du Livre vert de la Commission du 1 juillet 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises et après la publication de l'Etude de faisabilité réalisée par le Groupe d'Experts en droit européen des contrats du 3 mai 2011, à consulter sur le site de la Commission européenne: [http://ec.europa.eu/justice/contract/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/contract/index_en.htm).

<sup>(32)</sup> Enoncé dans l'article 5 du TFUE: « Dans certains domaines et dans les conditions prévues par les traités, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines. Les actes juridiquement contraignants de l'Union adoptés sur la base des dispositions des traités relatives à ces domaines ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

teurs du DCEV de prouver que l'intervention européenne sera plus efficace dans le domaine du droit de la vente et servira mieux le développement du marché unique. À l'heure actuelle, la Commission européenne est restée en défaut pour ce qui est de l'avancement de chiffres bien précis qui appuient ses objectifs recherchés<sup>(33)</sup>. La Commission doit aussi tenir compte de l'impact de la directive 2011/83/EU sur les droits des consommateurs qui doit encore être transposée en droit interne<sup>(34)</sup>. En plus, la Commission doit démontrer comment concilier la proposition de règlement avec celle du règlement n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome-I).

### 3.3. – *Quel est le rapport entre l'instrument optionnel et le règlement Rome I?*

Plusieurs auteurs ont déjà examiné le problème délicat du rapport entre l'instrument facultatif et les dispositions du règlement Rome I en ce qui concerne les contrats de vente conclus entre un professionnel et un consommateur<sup>(35)</sup>. Plus précisément, il faut se poser la question de savoir comment le DCEV s'articule avec l'article 6 du règlement Rome I, statuant

---

(33) Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. Delpérée, *Doc. Parl.* Sénat, session ord. 2011-2012, n° 5-1382/1, p. 17.

(34) Sur le rapport entre le DCEV et la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, V. JANSEN, *Revision des Verbraucher-aquis. Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts*, p. 33, à consulter sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1997191](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1997191); EIDENMÜLLER, JANSEN, KIENINGER, WAGNER et ZIMMERMANN, *Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts*, 38 p., à consulter sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1991705](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991705).

(35) Sur cette question, ADELBRECHT-VIGNES, CORNELOUP, DE VAREILLES-SOMMIÈRES, HEYMANN et USUNIER, *Réponse au Livre vert de la Commission européenne relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises. Aspects de droit international privé*, p. 60, à consulter sur [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0052/contributions/4\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/4_fr.pdf); FORNASIER, 28. *versus* 2. *Regime – Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts*, 26 p., à consulter sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1881510](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1881510); EIDENMÜLLER, JANSEN, KIENINGER, WAGNER et ZIMMERMANN, *Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts*, l.c., pp. 8-13; HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, l.c., pp. 198-200; PIERS et VANLEENHOVE, *Gemeenschappelijk Europees kooprecht. Een nieuw instrument van uniform toepasselijk recht*, *Nieuw juridisch Weekblad*, 2012, pp. 8-10; TJITTES et MEIJER, *Europees contractenrecht: an expensive and time-consuming solution looking for a problem*, *Contracteren*, 2010, p. 143.



que la protection des consommateurs reste applicable sur la base du droit national si celui-ci offre une protection supérieure à celle offerte par le droit choisi applicable au contrat de vente <sup>(36)</sup>. La Commission a explicité le problème dans le considérant n° 10 de la Proposition de règlement: «*La convention d'application du droit commun européen de la vente devrait être un choix opéré au sein du droit national qui est applicable en vertu du règlement (CE) n° 593/2008 ou, pour les obligations d'information précontractuelle, du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (le «règlement (CE) n° 864/2007»), ou de toute autre règle de conflits de lois pertinente. Cette convention entre les parties ne devrait donc pas revenir à choisir le droit applicable au sens des règles de conflit de lois, ni être confondue avec cette formalité, et elle ne devrait pas remettre ces règles en cause. Le présent règlement ne touchera donc nullement aux règles de conflits de lois existantes*» <sup>(37)</sup>. Ce considérant, me semble-t-il, est à la mesure de la qualification du DCEV comme *second* régime de droit de la vente dans chaque État membre, offrant aux parties la possibilité de choisir entre deux régimes de droit interne des contrats (l'un établi par le législateur national, l'autre par le législateur européen).

Par rapport aux contrats de vente conclus entre un professionnel et un consommateur, le texte du considérant 10 de la Proposition de règlement implique que le recours au 2<sup>e</sup> régime exclut l'application de l'article 6 (2) du règlement Rome I, puisque le système prévu par le DCEV n'est pas un choix du droit applicable au sens de l'article 3 du règlement Rome I <sup>(38)</sup>,

---

<sup>(36)</sup> Article 6 du règlement Rome I: «Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1» V. sur cette matière: AUBERT DE VINCELLES *et al.*, *Réponse au livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises du 1<sup>er</sup> juillet 2010*, l.c., p. 25; HONDIUS *et* KEIRSE, *Optioneel instrument van Europees contractenrecht: nieuw gezicht of facelift*, l.c., p. 2081.

<sup>(37)</sup> Proposition de règlement, considérant n. 10.

<sup>(38)</sup> Dans ce sens, V. HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, l.c., p. 199: «There is a difference between regarding the optional law as a 28th regime, alongside the 27 national contract laws, or as a second contract law regime within the national laws of each Member State. In the former case, opting into the CESL probably would amount to a choice of law under Article 3 of the Rome I Regulation. In contrast, as a second contract law regime within the national law of

mais plutôt une intégration par référence, prévu au considérant n° 13 du règlement Rome I <sup>(39)</sup>.

Le recours à l'article 6 (1) du règlement Rome I doit également être écarté. Cet article ne devrait donc pas pouvoir « désactiver » le choix de l'instrument optionnel lorsqu'il apparaît moins protecteur du consommateur que les dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle <sup>(40)</sup>. Bénédicte Fauvarque-Cosson a écrit, dans une étude au bénéfice du Parlement européen <sup>(41)</sup>, de façon pertinente, que « le droit commun européen de la vente comprend ses propres règles protectrices du consommateur. Un niveau élevé de protection est prévu par la proposition de règlement. Cette mise à l'écart des règles nationales impératives, y compris des lois de police (il s'agit essentiellement en l'occurrence des règles protectrices du consommateur), est le corollaire incontournable de la création d'un régime européen complet dont l'attrait repose sur son application à l'identique dans tous les Etats membres de l'Union européenne. Il est toutefois souhaitable que l'articulation entre l'instrument optionnel et les règles de droit international privé soit expressément clarifié » <sup>(42)</sup>. La clarification dont parle Fauvarque-Cosson, est bien nécessaire <sup>(43)</sup>, vu l'expression malheureuse utilisée dans la Proposition de règlement: « *En conséquence, l'article 6, para-*

---

each Member State, it will only become applicable, as a matter of national law, once the national law has already been indicated as the law governing the contract. It is the national substantive law that provides the option to choose the instrument in cross-border contracts, not private international law ». Dans le même sens RIESENHUBER, *Information über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts – Gedanken zum Harmonisierungskonzept*, pp. 1-2, à consulter sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1998144](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998144).

<sup>(39)</sup> PIERIS et VANLEENHOVE, *Gemeenschappelijk Europees kooprecht. Een nieuw instrument van uniform toepasselijk recht*, l.c., p. 8.

<sup>(40)</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>(41)</sup> FAUVARQUE-COSSON, *Mise en œuvre des instruments optionnels dans le domaine du droit civil en Europe*, 425 p., à consulter sur [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documentss/juri/dv/pe462425\\_pe462425\\_fr.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documentss/juri/dv/pe462425_pe462425_fr.pdf).

<sup>(42)</sup> En ce qui concerne les contrats B2C, le DCVE (dans son considérant n. 24) interdit le « dépeçage ». Pour éviter une application sélective de certains éléments du droit commun européen de la vente, qui risquerait de rompre l'équilibre entre les droits et obligations des parties et d'amoindrir le degré de protection du consommateur, le choix de recourir au droit commun européen de la vente devrait porter sur l'intégralité de celui-ci, et non sur certaines de ses parties uniquement ». V. sur cette question: BEHAR-TOUCHAIS, *Relation d'un instrument optionnel avec les lois nationales. Etude demandée par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen*, p. 6 et suivantes, à consulter sur <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Behar-Touchais%20FR.pdf>.

<sup>(43)</sup> KEIRSE, VAN DER HEIJDEN et MERAB SAMII, *Naar een beter instrument voor Europees*

graphe 2, du règlement (CE) n° 593/2008, qui est fondé sur l'existence d'écarts entre les niveaux de protection des consommateurs assurés dans les États membres, n'a aucune importance pratique pour les matières régies par le droit commun européen de la vente»<sup>(44)</sup>. En effet, en choisissant l'instrument européen, l'article 6 du règlement Rome I ne perd pas seulement son importance *pratique*, mais aussi son application *juridique*, le choix pour l'instrument européen n'étant pas un choix d'un droit étranger, mais une intégration (ou incorporation) par référence<sup>(45)</sup>.

### 3.4. – *Quel est le rapport entre l'instrument optionnel et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises?*<sup>(46)</sup>

La Convention de Vienne (CVIM)<sup>(47)</sup> s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties professionnelles<sup>(48)</sup> ayant leur établissement dans des États différents: *a)* lorsque ces États sont des États contractants; ou *b)* lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant. La CVIM règle certains aspects des contrats de vente de marchandises, mais d'importantes matières, telles que les vices du consentement, les clauses abusives et la prescription, ne relèvent pas de son champ d'application<sup>(49)</sup>. L'applicabilité de cette convention est en outre limitée par le fait que les États membres de l'UE ne sont pas tous signataires de l'instrument<sup>(50)</sup> et par l'absence d'un mécanisme qui

---

*contractenrecht*, *Contracteren*, 2011, p. 62; V. aussi CLIVE, *Conference at Trier*, à consulter sur <http://www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=8864>.

<sup>(44)</sup> Proposition de règlement, considérant n° 12.

<sup>(45)</sup> PIERS et VANLEENHOVE, *Gemeenschappelijk Europees kooprecht. Een nieuw instrument van uniform toepasselijk recht*, l.c., p. 8-9.

<sup>(46)</sup> V. sur cette question: HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, l.c., pp. 201-202; PIERS et VANLEENHOVE, *Gemeenschappelijk Europees kooprecht. Een nieuw instrument van uniform toepasselijk recht*, l.c., pp. 10-12; LAW COMMISSION et SCOTTISH LAW COMMISSION, *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems. Advice to the UK Government*, p. 95 et suivantes, à consulter sur [http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Common\\_European\\_Sales\\_Law\\_Advice.pdf](http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Common_European_Sales_Law_Advice.pdf).

<sup>(47)</sup> On peut consulter le texte de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises sur <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/CISG-f.pdf>.

<sup>(48)</sup> La CVIM ne régit pas les contrats de vente conclus entre professionnels et consommateurs.

<sup>(49)</sup> Sur le domaine d'application matériel de la CVIM, HEUZÉ, *La vente internationale des marchandises. Droit uniforme*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 74-96.

<sup>(50)</sup> Le Royaume-Uni, le Portugal, Malte.

pourrait assurer son interprétation uniforme <sup>(51)</sup>. Il s'agit d'un instrument *opt-out*: ce principe est inséré dans l'article 6 CVIM: « Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'un quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets ». Cet article permet donc aux parties dont l'accord serait normalement régi par la CVIM, d'en exclure tout ou une partie. Le DCEV, par contre, est un instrument *opt-in*: « Les parties peuvent convenir de soumettre au droit commun européen de la vente leurs contrats transfrontières portant sur la vente de biens ou sur la fourniture de contenus numériques ou de services connexes, dans le cadre du champ d'application territorial, matériel et personnel défini aux articles 4 à 7 » <sup>(52)</sup>.

Dans les relations B2B, il peut y avoir du cumul des deux instruments quand les contractants choisissent pour le DCEV sans exclure en même temps l'application de la Convention de Vienne <sup>(53)</sup>. En effet, le champ d'application matériel des deux instruments se recouvre partiellement <sup>(54)</sup>. Une question pertinente se pose alors: est-ce que le choix (explicite ou implicite) pour le DCEV revient à une exclusion (implicite) de la Convention de Vienne? La Commission a reconnu ce conflit éventuel, notamment dans le considérant n° 25 de la Proposition de règlement, et estime que « *lorsque la convention des Nations unies sur la vente internationale de marchandises trouverait à s'appliquer au contrat en question, le choix de recourir au droit commun européen de la vente devrait impliquer l'accord des parties contractantes d'exclure cette convention* ». Je ne partage pas cette opinion. En effet, l'application de la CVIM n'est pas régie par les règles de conflit de la Convention Rome I, mais par les dispositions de la CVIM elle-même <sup>(55)</sup>. Ce n'est pas l'Union européenne qui détermine si et dans quelle mesure les parties contractantes ont consenti d'exclure l'application de la CVIM. Toutefois, le juge pourra bien déduire l'exclusion de la CVIM du fait que les contractants ont choisi d'appliquer le DCEV <sup>(56)</sup>. Dans cette situation, la

---

<sup>(51)</sup> Proposition de règlement, p. 6. V. aussi LAW COMMISSION et SCOTTISH LAW COMMISSION, *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems. Advice to the UK Government*, p. 98, à consulter sur [http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Common\\_European\\_Sales\\_Law\\_Advice.pdf](http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Common_European_Sales_Law_Advice.pdf).

<sup>(52)</sup> Proposition de règlement, art. 3.

<sup>(53)</sup> PIERS et VANLEENHOVE, *Gemeenschappelijk Europees kooprecht. Een nieuw instrument van uniform toepasselijk recht*, l.c., p. 10.

<sup>(54)</sup> *Ibid.*

<sup>(55)</sup> *Ibid.* V. aussi HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, l.c., p. 201.

<sup>(56)</sup> PIERS et VANLEENHOVE, *Gemeenschappelijk Europees kooprecht. Een nieuw instrument*

CVIM peut toujours jouer le rôle de « gap-filler » en présence d'une lacune dans le DCEV ou en un cas de « dépeçage » <sup>(57)</sup> dans un contrat de vente entre professionnels (B2B) <sup>(58)</sup>.

#### 4. – Conclusion

Il existe d'autres obstacles à l'adoption du DCEV que la Commission devrait reconnaître et qui feront sans aucun doute l'objet des prochaines auditions au Parlement européen. Je pense notamment au problème de l'interprétation autonome de l'instrument <sup>(59)</sup> et celui de la diffusion de l'information sur sa nature et de son contenu <sup>(60)</sup>. Concernant le processus d'élaboration du contenu du DCEV, il y a également lieu de regretter le manque de transparence dans la désignation des experts <sup>(61)</sup>. De plus, ne serait-il pas opportun de diffuser les travaux préparatoires, ainsi que les textes de l'acquis qui ont servi de référence? <sup>(62)</sup>. On peut s'étonner aussi du temps extrêmement bref dans lequel les experts ont dû effectuer la mission qui leur a été confiée <sup>(63)</sup>. En effet, l'adhésion des États européens (et la com-

---

*van uniform toepasselijk recht*, l.c., p. 11; HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, l.c., p. 202.

<sup>(57)</sup> Les parties peuvent soumettre le contrat de vente à certaines parties du DCEV et en exclure d'autres. V. FAUVARQUE-COSSON, *Vers un droit commun européen de la vente*, l.c., p. 40.

<sup>(58)</sup> HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, l.c., p. 202.

<sup>(59)</sup> V. FAUVARQUE-COSSON, *Vers un droit commun européen de la vente*, l.c., p. 40.

<sup>(60)</sup> V. HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, l.c., pp. 208-209; PIERS et VANLEENHOVE, *Gemeenschappelijk Europees kooprecht. Een nieuw instrument van uniform toepasselijk recht*, l.c., pp. 6-7; RIESENHUBER, *Information über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts – Gedanken zum Harmonisierungskonzept*, 11 p., à consulter sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1998144](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998144).

<sup>(61)</sup> Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Réponse à la Commission européenne: A propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, *Revue des contrats*, 2011, p. 1364. Cf. aussi HONDIUS et KEIRSE, *Optioneel instrument van Europees contractenrecht: nieuw gezicht of facelift*, l.c., p. 2079; DORALT, *Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts*, *RabelsZ*, 2011, pp. 260-285.

<sup>(62)</sup> FAUVARQUE-COSSON, *Vers un droit commun européen de la vente*, l.c., p. 41.

<sup>(63)</sup> Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Réponse à la Commission européenne: A propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, l.c., p. 1364; RIESENHUBER, *Der Vorschlag für ein 'Gemeinsames Europäisches Kaufrecht' – Kompetenz, Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit – Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages*, p. 3, à consulter sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1998134](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998134).

munauté des juristes européens) au projet de l'Union européenne suppose un maximum de transparence, d'informations et surtout que l'on prenne le temps indispensable à la réalisation d'un projet aussi important <sup>(64)</sup>. *Festina lente* <sup>(65)</sup>. Toutefois, je ne veux pas terminer ma brève contribution sans avoir exprimé mon grand respect pour tous ceux qui ont participé aux travaux scientifiques qui ont précédé la publication de la proposition actuelle, dont je ne conteste ni son caractère innovant, ni sa capacité de faire figure, un jour, de modèle juridique <sup>(66)</sup>. Il sera néanmoins, en période de crise économique et financière, pas facile de vaincre les réticences liées à la complexité de l'instrument, y compris les risques du choix d'un régime de droit qui n'a pas encore fait l'objet d'une interprétation juridique.

---

<sup>(64)</sup> Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Réponse à la Commission européenne: A propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, *ibid.*; EIDENMÜLLER, JANSEN, KIENINGER, WAGNER et ZIMMERMANN, *Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts*, *l.c.*, pp. 3-6.

<sup>(65)</sup> Hâte-toi lentement.

<sup>(66)</sup> FAUVARQUE-COSSON, *Vers un droit commun européen de la vente*, *l.c.*, p. 42.